XI.

Noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Von

Herrn Dr. **Treitschke**,
Appellations=Rath zu Dresden.

Der Gegenstand dieser Bemerkungen ist in neuerer Zeit so vielfach und größtentheils so scharfsinnig und gelehrt besprochen worden, daß man nochmals darüber schreibend kaum dem Schein und dem Vorwurf entgehen kann, aus zehn Büchern ein eilftes machen zu wollen. Doch habe ich in allen mir bekannt wordenen Abhandlungen über diese Materie nicht wenige mir unrichtig scheinende Ansichten dem vielen Wahren und Gründlichen beigemischt gefunden; daher geglaubt, es werde vielleicht nicht ganz nutzlos seyn, auch die meinigen auszusprechen und namentlich die Praxis, die in diesem Puncte im Königreich Sachsen besteht, in den meisten Beziehungen zu rechtfertigen. Dabei erkenne ich indeß mit gebührendem Dank die große Erleichterung, die durch die bisherigen verdienstlichen Bemühungen dem Bearbeiter dieses Gegenstandes gewährt ist, und werde die Puncte, worin ich mit meinen Vorgängern übereinstimme, zwar der Vollständigkeit wegen erwähnen, hinsichtlich der Ausführnng aber auf ihre schätzbaren Arbeiten verweisen.

Unter der Einrede des nicht erfüllten Vertrags versteht man im Allgemeinen denjenigen Einwand, welchen der Beklagte, die *verpflichtende Kraft* des Vertrags für ihn an sich *anerkennend*, aus dem *Inhalte* desselben insofern hernimmt, als er darnach das ihm Obliegende *nicht früher* zu leisten habe, als der Kläger das von demselben

Uebernommene [1]). Alle diese Merkmale liegen nothwendig in dem Begriffe. Wer die Perfection und Verbindlichkeit des Vertrags selbst läugnet, der darf nicht erst, und kann auch nicht, Einwendungen auf den Anspruch, daß derselbe erfüllt werde, gründen. Einwände, die nicht aus dem Inhalte des Vertrags fließen, können als Einreden wegen seiner Nichterfüllung nicht gelten. Ein Beklagter, dessen Leistung nach dem Inhalte des Vertrags der des Klägers vorausgehen sollte, kann natürlich einen solchen Einwand nicht machen, obwohl er in manchen Fällen auf Sicherstellung wegen der nachher zu bewirkenden Gegenleistung des Klägers dringen kann; eine Einwendung, die nur dann Einrede des nicht erfüllten Vertrags heißen kann, wenn die Pflicht zur Sicherstellung aus dem Inhalte desselben fließt, also diese selbst eine Vertragsleistung ist, was die Voraussetzung, daß der Beklagte schlechterdings früher zu erfüllen habe, ausschließt.

Der Inhalt des Vertrags, auf welchen der Beklagte durch diesen Einwand sich bezieht, kann nun entweder ein solcher seyn, der schon nach dem juristischen in der Klage genannten Namen des Vertrags sich von selbst versteht, oder er kann in Puncten bestehen, die in dem vorliegenden besondern Falle durch die Willkür der Partheien dem Vertrage einverleibt worden sind. Daß nun in letzterm Falle der Beklagte bloß dann, wenn der Kläger selbst dergleichen Nebenberedungen entweder in der Klage angeführt oder auf das Anführen des Beklagten zugestanden hat, (mithin in abstracto gar nicht, von deren Beweise frei sey, das hat meines Wissens noch Niemand bezweifelt. Auch diejenigen Rechtslehrer, welche ganz allgemein aussprechen, daß bei vorgeschützter exceptio non adimpleti contractus die Beweislast allemal den Kläger

---

1) Vgl. Glück Erläut. der Pand. Th. 17. S. 328. Schweppe Röm. Priv. R. §. 427. und die von ihnen Angeführten.

treffe [2]), nehmen unstreitig diesen Fall aus. Eben so ist man darüber einverstanden, daß im erstern Falle weder der Kläger noch der Beklagte zu beweisen braucht, der libellirte Vertrag habe diejenigen wesentlichen Eigenschaften, welche in dem Namen, unter dem jener ihn aufführt, von selbst liegen [8]), sobald sie nur, was eben vorausgesetzt wird, über den erfolgten Abschluß eines so zu nennenden Vertrags einverstanden sind. Endlich ist auch darüber kein Streit, daß in beiden Fällen der Beklagte, welcher einwendet, der Kläger habe das ihm nach dem Wesen des Vertrags oder nach den von Jenem erwiesenen besondern Verabredungen vor oder zugleich mit den Leistungen des Beklagten Obliegende nicht geleistet, diese Verneinung nicht zu beweisen nöthig hat, vielmehr der Kläger, falls er behauptet, dieß gethan zu haben, solches darthun muß. Verschiedenheit der Ansichten zeigt sich nur in folgenden Puncten:

I.

Einige halten diesen Einwand, wegen seiner verneinenden Eigenschaft und weil er auf die Abwesenheit eines das Klagrecht bedingenden Umstandes gehe, für gar keine wahre Einrede, sondern, falls in der Klage die Erfüllung von Seiten des Klägers behauptet ist, für negative Einlassung, im entgegengesetzten Fall für eine bloße Rüge der Mangelhaftigkeit der Klage (exceptio inepti libelli), indem sie das Anführen, daß Kläger erfüllt habe, oder, wo beide Theile zugleich zu erfüllen haben, daß er zu erfüllen bereit sey, für jede Klage aus einem Contract, der seiner Natur nach den in Rede stehenden Einwand zuläßt, als wesentlich betrachten und jede, die dasselbe nicht enthält, als angebrachtermaßen

2) Glück a. a. O. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts, Th. III. Buch III. §. 33.

8) Schneider vom rechtlichen Beweise, S. 24. J. Volkmann diss. de exc. n. adimpl. contr. Lips. 1829. p. 31.

unstatthaft verworfen wissen wollen [4]). Andere hingegen bestehen darauf, daß dieser Einwand eine wahre Einrede sey, verlangen daher dessen ausdrückliche Vorschützung und gestatten im Mangel derselben dem Richter nicht, den Kläger wegen nicht angeführter Erfüllung abzuweisen, oder wie sie es nennen, diese Einrede zu ergänzen [5]). — In dieser Beziehung ist diese Streitfrage allerdings wichtig. Die Frage von der Beweislast hingegen ist durch die letztere Meinung nicht streitiger geworden. Denn auch ihre Vertheidiger theilen die Beweislast dem Kläger zu, weil die Einrede sofort liquid sey, mithin dessen Behauptung, erfüllt zu haben, als Replik erscheine [6]).

II.

Ferner ist man nicht einig darüber, in welcher Verträge Wesen es liege, daß der eine Theil das Seinige früher, oder doch in demselben Augenblick, als der Andre, zu leisten habe?

III.

Auch sind die Ansichten verschieden über die Art und Weise, auf welche, je nach den verschiedenen unter I. angedeuteten Meinungen, entweder der Kläger die Erfüllung von seiner Seite, oder der Beklagte die Nichterfüllung, anzuführen habe?

IV.

Endlich beschränken Einige die obige Regel, daß der Kläger beweisen muß, seinerseits den Vertrag erfüllt zu ha-

4) Gönner Handbuch des Processes, Th. II. S. 209. Glück a. a. O. S. 229. Weber von der Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß; Abh. VI. §. 27.

5) Heerwart Archiv f. d. civ. Pr. Bd. VII. S. 348 ff. Bd. XIV. S. 221. Bd. XVIII. S. 394 ff. Bethmann Holweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 344. Heffter Anhang I. zu Weber von der Verbindlichkeit zur Beweisführung Halle 1832. S. 287.

6) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 350. Heffter a. a. O.

ben, auf die Fälle, wenn der Beklagte diese Erfüllung ganz oder der Quantität nach theilweise läugnet, und verlangen hingegen dann, wenn er nur die Quantität oder Modalität derselben als nicht contractmäßig ansieht, von ihm den Beweis, daß selbige dem Vertrage nicht gemäß sey [7]); während Andre auch den Beweis qualitativ contractmäßiger Erfüllung dem Kläger auflegen [8]).

Zu I.

Der Klaggrund ist unstreitig dasjenige thatsächliche Verhältniß, welches die Rechtmäßigkeit des materiellen Klagantrags oder Klaggesuchs bedingt, eine demonstratio apta intentioni gewährt. Was in Beziehung auf ihn anzuführen nöthig, eine passende demonstratio sey, wird also bestimmt durch den Inhalt dieses Antrags (des Petitums), dessen Rechtmäßigkeit wieder abhängig ist von der Natur des geklagten Rechtsverhältnisses. Nur kann bei einem Vertrage, dessen Wesen, gesetzlich oder nach den in der Klage angeführten Verabredungen, wenigstens gleichzeitige Erfüllung von beiden Seiten als Schuldigkeit mit sich bringt, das Petitum offenbar nie ohne eine plurispetitio re zu enthalten, auf Erfüllung schlechthin, sondern immer nur auf Erfüllung gegen die dem Kläger nach dem Vertrage obliegende Leistung, gerichtet werden, es wäre denn, daß der Kläger, freiwillig oder pflichtmäßig, seinerseits bereits erfüllt hätte. Letzteres muß also, wenn es der Fall ist, angeführt seyn, um ein schlechthin auf die Leistung des Beklagten gestelltes Petitum zu rechtfertigen. Wer — um ein Beispiel zu wählen, wobei die regelmäßig nothwendige Gleichzeitigkeit der Leistungen nicht

---

7) Hellfeld jurispr. for. §. 1043. Thibaut, Pandektenrecht §. 169. und die von ihm so wie bei Glück a. a. O. S. 231. Note 52. Angeführten.

8) Glück a. a. O. S. 232 ff. Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 353 ff. und die Note 34. das. Angeführten. (Bei Schweppe ist aber zu lesen: §. 427.)

streitig ist — als Käufer auf Vollziehung des Handels klagt, der kann, wenn er nichts als dessen Abschluß anzuführen vermag, sein Petitum nur dahin richten, daß die gekaufte Sache ihm gegen Bezahlung des Kaufschillings übergeben werde. Will er deren Ausantwortung schlechthin fordern, so muß er nothwendig entweder anführen, daß er das Kaufgeld schon erlegt habe, oder auf eine Nebenberedung, wodurch die Zahlung bis nach der Uebergabe gestundet ist, sich beziehen 9). Daraus folgt aber nothwendig, daß der Richter eine Klage, die keines von beiden enthält, und doch unter den gedachten Umständen auf die Erfüllung schlechthin geht, angebrachtermaßen abweisen muß, weil sie entweder eine Pluspetition enthält, oder des ausreichenden factischen Klaggrunds ermangelt. Da der Richter nicht wissen kann, welcher der drei Fälle — Pluspetition, Verschweigung bewirkter Leistung, Verschweigung ausgemachter Gestundung — vorhanden sey, so darf er weder das Petitum, z. B. durch Einschiebung der Worte: „gegen Zahlung des Kaufpreises“, ergänzen, noch den Beweis der Erfüllung oder der Gestundung auferlegen. Er könnte sonst dem Kläger selbst wehe thun. Durch das Erste liefe er Gefahr, demselben etwas anzusinnen, was er schon geleistet haben oder noch nicht zu leisten schuldig seyn kann. Schon wegen der letztern Möglichkeit kann er auch nicht einmal dadurch helfen, daß er jener Bedingung der Verurtheilung etwa den Vorbehalt: „insofern es nicht bereits geschehen“, beifügte; aber wäre auch gewiß, daß keine Gestundung gewährt worden sey, so würde er doch deßhalb sich

9) Borst (über die Beweislast, S. 99) verlangt den Beweis „des Nichtseyns des Gegenversprechens“. Wo aber gegenseitige Erfüllung Zug für Zug in der Natur des Vertrags liegt, da reicht es nicht aus, auszuführen und zu beweisen, daß sie nicht ausdrücklich verabredet worden; vielmehr bedarf es der Nachweisung, daß das Gegentheil ausgemacht worden sey. Wo jenes nicht der Fall ist, braucht auch anerkanntermassen, wie schon oben erwähnt, der Mangel der Verbindlichkeit zur Gegenleistung weder angeführt noch erwiesen zu werden.

dessen enthalten müssen, weil ein Urtheil mit solchem Beisatz keine sententia certa sein, vielmehr die Frage: ob vom Kläger erfüllt worden sey? einem neuen Rechtsstreit übrig lassen würde. Diese Frage, so wie die: ob überhaupt die Erfüllung des Klägers der des Beklagten vorhergehen oder mit ihr zusammenfallen müsse, oder keines von beiden?, muß nothwendig vor dem Definitiverkenntnisse erörtert seyn. Eben so wenig darf der Richter dem Kläger ein nicht von diesem durch den Inhalt der Klage gewähltes Beweisthema vorschreiben, was dieser vielleicht nicht ausführen kann, woraus also die Lossprechung des Beklagten und hinterher eine dem Kläger entgegenstehende res judicata hervorgehn muß, anstatt daß dieser vielleicht durch andre Stellung der Klage einen leicht zu erbringenden Beweissatz oder durch bedingte Fassung des Petitums die Verurtheilung ohne allen Beweis hätte erlangen können.

Wenn man also gewöhlich sagt, daß der Kläger, dafern er keinen Befreiungsgrund anführen kann, sich zur seinerseitigen Erfüllung **erbieten** müsse, so ist dieß insofern ganz richtig, als solches Erbieten in der bedingten Fassung von selbst liegt. Eben deßhalb aber ist nicht nöthig, daß er sich noch außerdem ausdrücklich dazu erbiete; wodurch denn der Einwurf beseitigt wird, daß eine Klage immer nur Thatsachen, nicht aber Erbietungen zu enthalten brauchte.

Alles dieses scheint mir so sehr in der Natur der Sache zu liegen, daß ich mich nicht überreden kann, es sey bei den Römern anders gewesen. Der Prätor hatte, nach beendigtem Verhör in jure, ganz dasselbe zu thun, was bei uns der Verfasser des ersten Urtheils: entweder den Kläger abzuweisen (actionem denegare) oder, wenn in Ermangelung eines reinen Geständnisses des Beklagten zu dessen Verurtheilung [10]) noch nicht zu gelangen war, dem ernannten

10) Das heißt, dazu, ihn pro condemnato zu achten was materiell dasselbe ist. Fr. 1. de confessis. 42. 2.

Juder in der Formel die Bedingungen der Verurtheilung oder Lossprechung zu geben und ihn zu Ertheilung einer sententia certa in Stand zu setzen, eben so wie heut zu Tage dem Endurtheil durch den Inhalt des Beweisinterlocuts die Basis gegeben wird. Sollte also wohl eine Formel dieses Inhalts zulässig gewesen seyn: Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio hominem vendidisse decem, is homo nisi tradatur, condemnato? Erscheint es nicht vielmehr als unerläßlich, daß hinzugesetzt werden mußte: ea pecunia si solvatur, oder: et eam pecuniam solutam esse, oder: et eam pecuniam in diem deberi?;—hatte also der Kläger nicht einen von diesen Umständen in jure angeführt, so war der Prätor außer Stande, eine zweckmäßige Formel zu geben, und mußte ihn abweisen. Praktisch wird es freilich hierzu nicht leicht gekommen seyn, weil der Prätor bei den mündlichen Verhandlnngen in jure den Kläger nur zu fragen brauchte, ob er noch zahlen wolle, oder schon gezahlt habe, oder auf Gestundung des Kaufpreises sich beziehe; was unsre Richter, nach der gemeinrechtlichen und sächsischen Verhandlungsmaxime, nicht können [11]. Wenn aber der Kläger ungereimterweise dieß Alles verneinte, so mußte er in jure abgewiesen werden und offenbar heißt es in diesem Sinne bei Ulpian [12]: Offerri pretium ab emtore debet, si ex emto agitur, et ideo et si partem pretii offerat, *nondum est* ex emto *actio*. Dieß auf die Voraussetzung einer in jure vorzuschützenden Einrede zu beziehen [13], scheint mir eine sehr gezwungene Auslegung. Eben dieß deutet Paulus [14]) hinsichtlich des Verkäufers mit den Worten an: nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi *ultro* (also wenn auch keine Ausflucht deßhalb vorgeschützt wird) quod convenerit, praestet.

---

11) Vgl. Heerwart a. a. O. Bd. XIV. S. 225.
12) Fr. 13. §. 8. de act. emti & vend. 19. 1.
13) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 344.
14) Fr. 34. §. 3. de contr. emt. 18. 1.

Nach allem diesen kann man also in dem Einwande des nicht erfüllten Vertrags, aus dessen Natur hergenommen, keine wahre Einrede erblicken, sondern nur nach Umständen eine Einrede in dem weitern Sinne, in welchem man auch von einer exceptio inepti libelli spricht. Denn mit dieser ist sie identisch, so oft der Kläger seine Intention unbedingt gestellt, und doch weder Erfüllung noch erlangten Aufschub auf seiner Seite behauptet hat. Eine solche Klage muß aber verworfen werden, der Beklagte mag nun den Richter auf ihre Mängel aufmerksam machen oder nicht. Hat der Kläger das Petitum auf Leistung Zug für Zug gerichtet, so kann die Einrede gar nicht statt finden, und hat er eins von beiden, Erfüllung oder Gestundung, angeführt, so kann sie nur in Verneinung des Klaggrundes bestehen, ist also nicht im weitesten Sinne Einrede zu nennen.

Einige Einwendungen, welche die Vertheidiger der Ansicht, daß die exceptio non adimpleti contractus eine wahre Einrede sey, hiergegen zu machen pflegen, will ich nun zu widerlegen suchen.

Man sagt zuvörderst, durch die entgegengesetzte Ansicht würden die Consensualcontracte und alle zweiseitige nach heutigem Recht schon vermöge beiderseitiger Einwilligung klagbare Verträge den Realcontracten gleichgestellt. Nur bei diesen gehöre die Erfüllung zum Klaggrund; bei allen andern Verträgen sey der Consens allein heut zu Tage die causa civiliter obligans, mithin außer demselben etwas in der Klage anzuführen zu ihrer Schlüssigkeit nicht nothwendig [15].

Ganz richtig ist es, daß nur in Klagen aus Realcontracten das Anführen der Erfüllung schlechterdings und unter allen Umständen erforderlich ist. Man hat diesen Einwand durch die Erwiederung zu widerlegen gesucht, daß bei den übrigen Verträgen, welche Vorleistung oder gleichzeitige Leistung des Klägers erheischen, diese, obwohl nicht der Grund

---

15) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 241.

der Verbindlichkeit des Beklagten, doch der ihrer Fälligkeit sey [16]). Wäre diese Erwiederung treffend, so würde sie freilich durch den Gegeneinwand nicht beseitigt werden, daß die Nichtfälligkeit einer Forderung sich allemal auf ein pactum de non petendo temporale gründe, welches angeführt werden müsse [17]). Der Unterschied zwischen einer ursprünglich unter einer gewissen Modification, oder auch Zeitbestimmung, contrahirten Verbindlichkeit und einer durch ein zufälliges pactum de non petendo beschränkten, ist doch wohl unverkennbar. Z. B. bei einer nicht anders als auf vorgängige Kündigung versprochenen Zahlung gehört, daß diese Kündigung geschehen sey, allerdings zum Grunde einer die Zahlung fordernden Klage. Ist diese Modalität der Verbindlichkeit aus der Klage nicht zu ersehen, so paßt das Beispiel nicht, weil hier nur von Einreden, auf die Natur des geklagten Vertrags gestützt, die Rede ist. — Indeß beruht jene Erwiederung doch nicht auf richtiger Ansicht der Sache. Denn wo beide Theile, ohne daß eine Zeitbestimmung getroffen ist, sondern sofort, zu leisten verbunden sind, von welchem Fall es sich hier allein handelt, da ist auch jede dieser Leistungen sofort fällig.

Allein es darf doch keine von beiden unabhängig von der ihr gegenüberstehenden Verbindlichkeit gefordert werden, jede macht die Modalität der andern aus, welcher entkleidet, sie nicht in der Verbindlichkeit liegt. Der obige Einwand scheint mir meine Theorie gar nicht zu treffen, da sie das Anführen der Erfüllung auf Klägers Seite, als einer vergangenen Thatsache [18]), wie es bei Klagen aus Realcontracten wesentlich ist, in der Regel gar nicht, sondern nur ein durch die künftig gleichzeitige Erfüllung modificirtes Pe-

16) Schenk Archiv f. d. civ. Pr. Bd. XVII. S. 100. Bd. XX S. 456.

17) Heerwart a. a. O. Bd. XVIII. S. 401.

18) Borst a. a. O. §. 76., drückt sich wohl nur nicht richtig aus, wenn er dieses zu erfordern scheint.

titum verlangt, jenes aber nur ausnahmsweise, wenn das Petitum absolut gestellt wird, und auch dann nicht ausschließlich, sondern alternativ mit dem Anführen bedungener Gestundung, für nöthig erklärt.

Die Gegner wenden ferner ein, die Befugniß des Beklagten, bei Verträgen der in Rede stehenden Art die ihm angesonnene vorausgehende Erfüllung zu verweigern, sey nichts anders als ein Retentionsrecht [19]). Nun müsse aber jeder, dem ein solches zu Statten kommen solle, nicht nur die Ansprüche, worauf es sich gründe, und ihren gesetzlich anerkannten Zusammenhang mit der vorenthaltenen Sache beweisen, sondern auch, wenn beides gleich völlig liquid sey, das Retentionsrecht selbst ausdrücklich geltend machen und als Einrede vorschützen; widrigenfalls dürfe es ihm vom Richter nicht aufgedrungen werden [20]). So der Depositar, der Commodatar, der auf Rückgabe des Heirathsguts in Anspruch genommene Ehemann, der Vermiether, welcher wegen des rückständigen Miethzinses die Fahrniß des Miethers, der Gläubiger, welcher wegen einer chirographarischen Forderung das wegen einer andern eingesetzte Pfand zurückbehalte; so also auch der Beklagte in unserm Fall, wie z. B. der Verkäufer, welchem ja Fr. 13. §. 8. de act. emti et vend. ausdrücklich das retinere quasi pignus zuschreibe.

Obwohl man offenbar von Jedem, der etwas nicht herausgiebt, wie in dieser Gesetzstelle, sagen kann, er retinire, und von jedem, der etwas herauszugeben mit Beifall der Gesetze verweigert, er habe ein Recht zur Retention, so würde es doch für die Schärfe der Theorie sehr dienlich seyn, wenn man den Ausdruck „Retentionsrecht" nur von derjenigen Fortsetzung des Besitzes brauchte, welche, wie in den obigen

19) So nennen es allerdings Glück Erläut. d. P. Th. XV. S. 115. Thibaut Pand. Recht §. 311. im Anfang u. lit. d.

20) Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 341 ff. Bd. XIV. S. 227., und die von Schenk, ebendas. Bd. XX. S. 435. Note 6. angeführten Schriftsteller.

Beispielen, mit keinem dinglichen Rechte an der Sache verbunden ist und deren Rechtmäßigkeit sich also ausschließlich auf die connexen persönlichen Ansprüche des Retinirenden gründet, ohne welche er die Sache herauszugeben schlechterdings verbunden seyn würde [21]). Doch ich will nicht über Namen und Worte streiten. So will ich auch nichts dawider einwenden, daß man von demjenigen, der nach dem Contract nichts zu geben, sondern etwas zu thun, aber sich mit dem Beginn seiner Arbeit gleichzeitige Vergeltung bedungen hat und sie daher nur gegen Leistung dieser antreten will, sage, er retinire seine Arbeit [22]). Noch weniger will ich mit Andern darauf hinweisen, daß der Besitz, welcher das Retentionsrecht voraussetzt, in Contractsfällen auch nicht einmal da, wo etwas zu geben ist, allemal vorkomme, wie denn z. B. der Verkäufer auf Lieferung die Waare und der Käufer das zu zahlende Geld zur Zeit des Handelsabschlusses sehr oft noch gar nicht besitze. Denn es kommt nicht auf die Zeit des Vertrags, sondern auf die der Erfüllung an; zu dieser muß aber jeder Theil, damit beiderseits Zug für Zug erfüllt werden könne, das von ihm zu Gebende bereits in Händen haben.

Aber alle geduldete Gleichheit der Benennungen wird den großen realen Unterschied nicht verdunkeln können, welcher statt findet zwischen dem, welcher, wie in obigen Beispielen, eine fremde Sache, zu deren Herausgabe er an sich schlechterdings verbunden ist, wegen seiner Ansprüche und bis diese befriedigt werden, einstweilen an sich behält, und dem, welcher sein Eigenthum deßwegen nicht herausgiebt, weil er

21) Vgl. J. H. Böhmer Jus Dig. XVI. 2. §. 16. Hellfeld jurisprud. for. §. 936. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts, §. 184. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civ. Rechts Th. I. Buch I. §. 196.

22) Schenk a. a. O. Bd. XX. S. 464 hat das Unpassende dieses Ausdrucks sehr gut gezeigt.

in der Modalität, wie die Herausgabe eben verlangt wird, diese gar nicht versprochen hat. Jener bedient sich einer besondern gesetzlichen Vergünstigung, eines beneficium, was ihm allerdings nicht aufgedrungen werden kann. Dieser unterläßt nur, wozu er gar nicht verpflichtet ist; wenn also der Richter ihn dazu nicht anhält, so lange die Leistung nicht auf contractmäßige Weise gefordert wird, so dringt er ihm durchaus nichts auf; er würde vielmehr, wollte er anders handeln, dem Kläger ein Recht beilegen, was diesem gar nicht zusteht [23]).

Das scheinbarste Argument der Gegner endlich wird daher genommen, daß die römischen Juristen den Einwand des nicht erfüllten Vertrags ausdrücklich exceptio nennen, nämlich wenn auch nicht exceptio non adimpleti contractus, doch exceptio mercis non traditae, exceptio doli, eben in solchen Fällen, wovon hier die Rede ist; daß aber im neueren römischen Recht unter exceptio nichts anders verstanden worden seyn könne, als ein solcher Einwand, den der Beklagte vorschützen gemußt, um dadurch sicher zu seyn [24]). Daß letzteres eine petitio principii ist, glaube ich weiter unten zeigen zu können. Zuvörderst sind die Stellen zu prüfen, welche für den gedachten Sprachgebrauch angezogen werden. Man beruft sich deßhalb vorzüglich auf fr. 25. de act. emti et venditi, fr. 5. §. 4. de doli mali et metus exceptione, const. 5. de evictionibus, *Gajus* IV. 26.

Diejenigen, welche der exceptio non adimpleti contractus die Eigenschaft einer wahren Einrede absprechen, haben sich bemüht, zu zeigen, daß in allen diesen Stellen nicht von dem fraglichen, aus der einverstandenen Natur des Contracts hergenommenen Einwand, sondern von wahren auf factische Anführungen des Beklagten gegründeten Ausflüchten die Rede

---

23) Schenk a. a. O. Bd. XX. S. 463.
24) Heerwart a. a. O. Bd. XIV. S. 221. 224.

sey [25]). Dieß ist jedoch nur bei einer dieser Stellen ganz und bei einer halb wahr, bei den übrigen aber völlig unrichtig.

Const. 5. C. de evict. 8. 45. Ex his praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex emto actione consequeris, ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.

Hier ist die Rede von einem Evictionsanspruch wegen einer auf verkauften Gütern haftenden Hypothek. Es leuchtet von selbst ein, daß ein deßhalb dem Käufer zuständiger Anspruch, wenn er der actio venditi entgegenstehen soll, deßhalb von ihm ausdrücklich erwähnt seyn muß, weil selbst, wenn die Verpfändung schon aus dem Vorbringen des Klägers erhellte, der Prätor doch nicht wissen kann, ob dieselbe nicht etwa bei Bestimmung des Kaufpreises schon berücksichtigt sey; denn das Gegentheil folgt nicht aus der Natur des Contracts. In dem Rescript scheint übrigens vorausgesetzt zu seyn, daß die Güter, wegen deren Verhaftung exceptio doli zugesprochen wird, bereits übergeben worden; denn das necdum tradita bezieht sich nur auf den im ersten Satze angenommenen Fall einer actio emti auf die Uebergabe, wovon es heißt, sie könne zugleich auf Tilgung der auf den Gütern haftenden Schulden gerichtet werden. Diese Stelle wird also von den Gegnern mit Unrecht angezogen.

Fr. 25. de act. emti et vend. 19. 1. Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.

Wer Früchte auf dem Halm verkauft, der hat zu Er-

---

25) Schenk a. a. O. Bd. XVII. S. 116 ff.

füllung des Handels gar keine Handlung der Uebergabe vorzunehmen, sondern nur die Aernte geschehen zu lassen, also sich leidend und negativ zu verhalten. Eben so z. B. wer Mineralien in der Erde verkauft [26]. Er kann also nicht, wie ein anderer Verkäufer, durch Unterlassen der Uebergabe, sondern nur durch thätiges Verhindern der Aernte sich contractwidrig betragen. Das Anführen aber, daß der Kläger nicht gegen den Contract gehandelt habe, ist in keiner Contractsklage nothwendig. Denn es könnte nur ein ganz allgemeines und vages seyn, da der Kläger nicht vorauswissen kann, ob und welcher contractwidriger Handlungen ihn der Beklagte beschuldigen werde. Solche bodenlose Verneinungen bedürfen aber nie des Anführens von freien Stücken, vielleicht auch nie des Beweises [27]. Wird nun der Klage auf das Kaufgeld entgegengesetzt, daß der Kläger die Aernte verhindert habe, so ist klar, daß dieß eine Einrede im engsten Sinne ist, gegründet auf Thatsachen, welche angeführt und bewiesen werden müssen [28]. Der in dem Fragment behandelte Fall kann also nicht dazu dienen, die Behauptung der Gegner hinsichtlich des fraglichen Sprachgebrauchs zu unterstützen. Wohl aber findet sie eine starke Stütze in der Formel, welche hier für die Exception gegeben wird Diese lautet nicht, wie man nach der Beschaffenheit des Falles erwarten sollte: nisi prohibuerit venditor legere, sondern: nisi tradita non sit res. Solche uneigentliche Fassung kann sie in diesem, wirkliche Uebergabe ausschließenden Fall nur deßwegen bekommen haben, weil dieselbe für den Einwand der Nichterfüllung von Seiten des Verkäufers überhaupt die gewöhnliche war. Es wird also schon hieraus sehr wahrscheinlich, daß die Gegner Recht haben, wenn sie behaupten,

---

26) Vgl. fr. 16. de praescr. verb. 19. 5. fr. 6. de donat. 39. 5.
27) Vorst a. a. O. S. 21.
28) Schenk a. a. O. Bd. XX. S. 449.

daß dieser Einwand überall exceptio genannt worden sey. Noch deutlicher erhellt dieß aus andern Stellen.

Fr. 5. §. 4. de doli mali et met. exc. 44. 4. Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet etiam is qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino non solvit: et ideo is, qui vendidit, agit adversus dominum. Eandem causam esse Pedius ait ejus, qui negotium nostrum gerens vendidit.

Zweifelhaft kann es nicht seyn, daß die im ersten Satze erwähnte exceptio redhibitionis eine wahre Einrede ist, daß sie unvorgeschützt nicht supplirt werden kann und die Thatsache der erfolgten Redhibition vom Beklagten bewiesen werden muß. Einige [29]) wollen nun aber die exceptio mercis non traditae, von welcher der zweite Satz spricht, mit jener für identisch halten, und glauben, daß Paulus auch hier immer noch von dem Falle rede, wo der verkaufte Servus übergeben, aber wieder zurückgegeben worden ist. Gesetzt, diese Auslegung wäre richtig, so würde die Stelle dennoch auf dieselbe Weise, wie die vorige, für die Gegner beweisen. Warum hätte man der exceptio redhibitionis den unpassenden Namen exceptio mercis non traditae beigelegt, wenn es nicht eine so benannte Einrede auch sonst gegeben hätte, welcher man sie dadurch gleichstellen wollte? — Doch ich kann jene Auslegung nicht gelten lassen, nicht glauben, daß Paulus hier zweimal dasselbe mit andern Worten sagen gewollt. Die einzige Absicht, die er dabei hätte haben können, war auch durch den bloßen Beisatz: quae etiam dicitur exceptio

29) Schenk a. a. O. Bd. XVII. S. 116. Bd. XX. S. 453. Heerwart a. a. O. Bd. XVIII. S. 391.

mercis non traditae, zu erreichen. Ich kann auch nicht glauben, daß die exceptio redhibitionis, welche die geschehene Uebergabe voraussetzt, exceptio mercis non traditae genannt worden sey.

Paulus hat hier den Zweck, zu zeigen, daß die exceptio doli, auf Handlungen des Eigenthümers gegründet, auch demjenigen entgegensteht, der als Bevollmächtigter oder negotiorum gestor dessen Sache verkauft hat. Er zeigt dieß an zwei Beispielen, die beide unter den Gattungsbegriff der exceptio doli fallen, an der exceptio redhibitionis und an der exceptio mercis non traditae, und es ist ganz dasselbe, als wenn er gesagt hätte: exceptione doli summovetur ex vendito agens procurator vel negotiorum gestor, sive redhibita domino, sive non tradita a domino sit res vendita. So ist der Fall der letztern Exception von dem der erstern ganz verschieden, und die Annahme einer bloß auf Vereinigung gerichteten, und doch so genannten exceptio mercis non traditae unverkennbar. Eben so unzweideutig bezeichnet diese folgender Ausspruch:

> *Gajus* Inst. IV. 126. Item si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur, objicitur ei exceptio, ut ita demum emtor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita sit; quae quidem est justa exceptio.

Ich bekenne, die Argumentation nicht zu verstehen, womit man eine Auslegung dieser Stelle hat begründen wollen, nach welcher sie ein jus singulare der Argentarien und Auctionen enthalten soll, und zwar deßhalb, weil die römischen Gesetze gegen die Argentarien besonders streng gewesen [30]). Ist unsre Meinung richtig, so läge ja in der Nothwendigkeit, dem klagenden Argentarius die nicht geschehene Uebergabe

---

30) Schenk a. a. O. Bd. XX. S. 451.

ausdrücklich entgegenzusetzen, vielmehr eine Begünstigung desselben [31]). — Gajus hätte für das Beispiel der exceptio eben so gut jeden andern Verkäufer und jede andre Art des Handels, als den Argentar und die Auction fingiren können. Aber er handelt hier von den Replicationen, und — wählt zu ihrer Erläuterung diesen Fall, weil die bei den Auctionen gewöhnliche Bekanntmachung der lex auctionis ihm ein gutes Beispiel einer Replik an die Hand giebt: nisi praedictum sit in auctione etc. Die Worte: »quaequidem est justa exceptio« sollen nur das im Vorstehenden Gesagte klar machen, daß auch eine an sich gerechte Einrede dem Kläger nicht schade, wenn er eine gerechte Replik dagegen aufbringen könne. Einer solchen bedarf es übrigens allerdings, wenn der Verkäufer die Zahlung, statt Zug für Zug mit der Uebergabe, im Voraus verlangt. Es fragt sich nur, ob sie der Klage inserirt werden müsse oder nicht.

Läßt sich aber auch die Classicität der Benennung exceptio mercis non traditae, für den hier in Rede stehenden Einwand, nicht wegdisputiren, so folgt doch daraus nicht, daß diese exceptio eine wahre Einrede im heutigen Sinne des Wortes gewesen, oder mit andern Worten: daß sie nothwendig habe vorgeschützt werden müssen, wenn der Kläger genöthigt werden sollte, ihr zu begegnen.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

31) S. jedoch unten, zu II am Ende.